

**REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**  
Bogotá, D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2020).

Expediente No. **46-2020-00236-01**  
Acción de Tutela Clase: Fallo Segunda Instancia

Agotado el trámite propio de esta instancia, se resuelve lo pertinente a la impugnación presentada por JENNY CAROLINA BONILLA MARÍN, contra la providencia fechada 23 de junio de 2020, proferida por el Juzgado 46 Civil Municipal de esta Urbe.

**ANTECEDENTES**

La señora JENNY CAROLINA BONILLA MARÍN, solicitó la protección de sus derechos constitucionales que denominó *“DERECHO AL MINIMO VITAL, DERECHO DEBIDO PROCESO, DERECHO AL TRABAJO, DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, DERECHO A LA IGUALDAD, DERECHO A UNA VIDA DIGNA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA, DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL TRABAJADOR EN CONDICIONES DE DEBILIDAD MANIFIESTA O INDEFENSION, DERECHO A LA REUBICACION LABORAL y DEMAS DERECHOS QUE SU SEÑORIA CONSIDERE QUE ME HAN SIDO VULNERADOS POR LA EMPRESA”*, los cuales consideró vulnerados por ICOLMALLAS S.A.

Sustentó sus pretensiones, bajo los siguientes hechos.

Señaló que fue contratada como vendedora de mostrador por la empresa accionada a través de contrato de trabajo a término indefinido desde el 24 de octubre de 2016, cargo en el que afirmó recibe como contraprestación un salario mínimo mensual legal vigente más comisiones, que según su dicho equivale a \$3'400.000 mensuales aproximadamente.

Agregó que, aunque su cargo era de vendedora de mostrador la obligaron a salir a visitar clientes y hacer agendas semanales, las cuales alegó son funciones diferentes a las contratadas, que la empresa cancela sus riesgos profesionales como vendedora de mostrador, pero que en la realidad es muy diferente, ya que debe realizar visitas a plantas, obras y proyectos. Sin embargo, invocó que tuvo someterse a dichas condiciones laborales, ya que es madre cabeza de hogar y teme perder su trabajo y pasar necesidades con su grupo familiar.

Alegó que durante la emergencia sanitaria, se incrementaron las presiones laborales, malos tratos y el acoso laboral por parte de la empresa accionante, ya que iniciada la etapa de cuarentena, su empleador decidió enviarla a vacaciones desde el 1° al 15 de abril de 2020, sin embargo refuta que pese a que estaba disfrutando de sus vacaciones, continuaba trabajando desde la casa en modalidad de teletrabajo y asistiendo a reuniones virtuales de carácter obligatorio y que muchas veces eran fuera del horario laboral,

Sumado a ello, indicó que las prestaciones pagadas para tal mes, fueron liquidadas teniendo en cuenta el salario mínimo, omitiendo todas las comisiones que se habían causado, es decir debería haberse tenido como salario para liquidar las sumas promedio de lo causado; de otro lado el 15 de abril de 2020 estando aun en vacaciones, invocó que fue obligada a trabajar presencialmente en las instalaciones de la empresa, día que alegó no le fue cancelado y en el que tuvo que tomar el servicio de Transmilenio en hora pico para llegar al lugar de trabajo, donde además arguyó no existían protocolos sanitarios, que lo único que debían hacer era lavarse las manos y usar alcohol, más no se exigía distanciamiento social de ningún tipo, además informó que debió compartir el computador con la líder de la Agencia.

Informó, que el mismo día 15 de abril de 2020, se hizo una colecta para compartir un desayuno con los compañeros de trabajo, por lo que alegó tuvieron que quitarse los tapabocas para comer; precisó que la empresa donde labora es una bodega con almacén donde se vende material por vitrina y que entre puestos de trabajo y empleados no existen los dos metros de distanciamiento social, por tal razón los protocolos sanitarios son materialmente imposibles de cumplir y arguyó que la compañía no estaba certificada con relación a los protocolos de

bioseguridad para el momento en que fue citada a trabajar, para estar laborando.

Actuación que el día 16 de abril se repitió, que debió tomar transporte público y aquel día se presentaron manifestaciones por lo que tuvo que esperar a que abrieran el articulado en compañía de una gran cantidad de personas, aclaró que para la fecha se encontraba bien de salud.

De otro lado, invocó que el 17 de abril su pareja y ella iniciaron con síntomas de gripa, por lo que la EPS a través de teleorientación manifestó que era una simple gripe y que deberían estar atentos a los síntomas de alarma del virus; alegó que el 20 de abril los síntomas de su pareja empeoraron, pues tenía fiebre alta y otras señales de alerta, por lo que informó a Icomallas S.A la situación ya que había sido citada el 22 de abril para trabajar de nuevo de forma presencial, e informó que fue autorizada para trabajar desde casa.

Afirmó que el 23 de abril de 2020 los síntomas de su pareja empeoraron y tuvo que ser llevado a urgencias, donde le fue practicada la prueba del Covid-19, cuyo resultado fue positivo

Agregó que el 25 de abril de 2020 le informo a su empleador que tuvo teleorientación con su EPS Salud Total donde le manifestaron:

*Se realiza TELEORIENTACIÓN a paciente, quien da previamente su consentimiento de forma verbal. Paciente de 28 años, quien solicitó consulta por 03 días de evolución consistente en tos, ardor en fosas nasales, rinorrea hialina, otalgia izquierda 05/10, odinofagia, tos seca, fiebre de 38.5 ultima a las 5 am, no disnea, no medicación actual. Noxa de contacto con sospecha de COVID con su esposo quien presenta síntomas de dificultad respiratoria con orden de prueba de EPS Compensar. Paciente con IRA con noxa de caso en estudio de sospecha de COVID de su esposo. Se llama a línea de COVID, se habla con Ivon Forero, quien refiere que al no ser un caso confirmado su esposo, no cumple con los criterios de caso sospechoso la paciente, por lo cual indica manejo sintomático. Se indica analgésico, antihistamínico. Incapacidad por 03 días. Se envía correo electrónico con formulación a carobonilla2701@gmail.com”*

De acuerdo con el diagnostico recibido, continuó trabajando en la modalidad de teletrabajo y el 25 de abril la Secretaria de Salud se acercó a su apartamento, donde le realizaron la prueba y le informaron que debía

esperar para el resultado 10 días hábiles, lapso en el cual siguió trabajando en la modalidad de teletrabajo, el 7 de mayo a través de teleconsulta le comunicaron que su prueba dio positivo para COVID – 19.

Informó que el 8 de mayo estando incapacitada, ICOMALLAS S.A. la citó para rendir descargos sin permitirle aportar pruebas, argumentando que había infringido el Reglamento Interno de Trabajo, por la conducta imprudente o dolosa en el manejo de la cuarentena y la exposición a contagio de COVID – 19 el mes de abril de 2020, y que había puesto en riesgo a sus compañeros, dado que en los dos desayunos mencionados con anterioridad se había descubierto la boca y había compartido con sus compañeros sin usar el tapabocas; sin embargo, alegó que para la época no existían protocolos para COVID 19 aprobados por la Alcaldía de Mayor de Bogotá para la empresa y que mucho menos tenía conocimiento de su contagio, además a la fecha según lo manifestado por algunos compañeros del trabajo no existe ninguna persona contagiada en la Empresa.

Con base en el diagnóstico, arguyó que solicitó a la empresa que se tuviera en cuenta su condición y que por lo tanto se le asignara un presupuesto de ventas menor que al de los demás trabajadores que tenían la capacidad de salir de sus hogares y asistir a los puntos de venta. La respuesta para tal requerimiento fue negativa y no tuvieron en cuenta su incapacidad a causa del COVID - 19. Adicionalmente, alegó que se le siguió citando a reuniones fuera del horario laboral estando incapacitada.

Informó que el 22 de mayo a través de comunicación ICOMALLAS S.A. le notificó la sanción disciplinaria a través de la cual la suspendieron por ocho días de su trabajo, desde el 26 de mayo hasta el 3 de junio de 2020 sin derecho a salario, fundamentado en el no uso de los implementos de seguridad dados por la empresa, en este punto precisó que la Agencia únicamente le dio un tapabocas el día 15 de abril y no existía ningún control de bioseguridad, e informó que tampoco le entregaron el Kit Personal de Bioseguridad y la culpa de una serie de actos falsos que se pueden evidenciar en el soporte de descargos; por lo que alegó es un evidente caso de discriminación y acoso dado que los días 15 de abril y 16 de abril que se presentó a trabajar estaba completamente sana y su historia clínica fue abierta hasta el día 23 de abril donde aún los médicos le decían que no era apta para caso de sospechosa de COVID 19.

Finalmente, mediante escritos posteriores a la fecha de radicar la demanda, la accionante puso de presente al despacho que fue incapacitada por 7 días más y que a la fecha la empresa no le ha pagado 21 días de incapacidad, alegando también que el comité de convivencia fue realizado fuera del término establecido por la ley y que fue presionada para manifestar si iba o no a demandar a la empresa y que le quitaron sus herramientas de trabajo.

### **Lo Pretendido.**

Tutelar a favor de la actora, ordenar a ICOMALLAS S.A dejar sin efecto la sanción disciplinaria y proceder al pago de los salarios y comisiones pendientes causados desde el inició de la emergencia sanitaria, así mismo ordenar a la empresa accionada a reubicarla en el cargo de vendedora de mostrador y a que reajuste el presupuesto de ventas teniendo en cuenta su situación particular, o de ser necesario se le reubique en un cargo en el que se le garantice una remuneración mensual igual o mayor al promedio de los salarios devengados durante el lapso transcurrido entre febrero de 2020 y marzo de 2020, de otro lado se ordene a la empresa accionada para que desista de las conductas de acoso y de presión, reciba y trámite la solicitud de acoso laboral ante el Comité de Convivencia Laboral y respete o cancele las horas no laborales en que la haga incurrir y que en caso de ser despedida ordenar a ICOMALLAS S.A., el pago correspondiente a la indemnización por despido sin justa causa tal y como lo establece el Código sustantivo del trabajo en su Artículo 64.

### **La Actuación.**

La acción de tutela correspondió por reparto al Juzgado 46 Civil Municipal de Bogotá, quien la admitió para trámite por auto del 09 de junio de 2020, ordenándose oficiar a la entidad accionada, para que en el término de dos días rindiera el informe completo y pormenorizado sobre los antecedentes y hechos que fundamentan la salvaguarda y vinculó a “MINISTERIO DE TRABAJO, FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS PROTECCIÓN, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, ARL SURA, SALUD TOTAL EPS, VIRREY SOLIS IPS, MINISTERIO DE SALUD y SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD.

Y mediante auto de fecha 11 de junio de 2020, se dispuso la vinculación de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES para que en el término de dos (2) días se pronunciara sobre los hechos que dieron origen a la acción Constitucional.

La IPS VIRREY SOLIS, mediante su gerente y representante legal, procedió a dar respuesta a la tutela de la referencia y alegó que una vez verificado el libelo introductorio de la demanda la accionante interpuso la acción de tutela contra la empresa Icomallas S.A., sin que dentro de los hechos objeto de litigio así como las pretensiones de la misma indicara inconformidad alguna respecto de la IPS Virrey Solis, pues las pretensiones de la accionante van dirigidas a que sean cancelados sus salarios y en consecuencia alegó que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva y la presente acción no está llamada a prosperar en contra de la IPS Virrey Solis, por lo que solicitó la desvinculación de la entidad de la presente acción de tutela por no haber vulnerado derechos fundamentales de la accionante.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., señaló que una vez revisados los hechos y las pretensiones de la presente acción constitucional, la entidad señaló que revisada la base de datos de afiliados, se pudo establecer que la accionante nunca se ha encontrado afiliada al fondo de pensiones obligatorias administrado por Porvenir S.A., por lo que alegó se configura el principio básico procesal denominado falta de legitimación en la causa por pasiva.

SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., alegó que a la fecha la trabajadora no cuenta con expedientes por contingencia laboral en la ARL Sura, y alega que en cuanto a las pretensiones de la presente acción de tutela la ARL Sura no tienen injerencia por estar relacionadas con procesos administrativos llevados a cabo por la sociedad accionada, por lo anterior indica que teniendo en cuenta que no se evidencia vulneración de los derechos de la accionante por parte de la administradora y la evidente falta de legitimación en la causa por pasiva requiere sea desvinculada del expediente.

La SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD, informó que la accionante se encuentra afiliada activa en la EPS Salud Total en el régimen contributivo

desde el 01 de enero de 2018, que cuenta con 26 años de edad, sin Sisben y con último periodo compensado mayo de 2020; manifestó que según su historia clínica del 08 de mayo de 2020, la accionante presenta las siguientes patologías: 1) (U07.1) COVID 19 virus identificado 2) (J30.0) otras rinitis alérgicas 3) (R07.0) dolor de garganta 4) (B97.2) coronavirus como causa de enfermedades clasificadas en otros capítulos. Que sus síntomas inician desde el 18 de abril de 2020, confirmado la EPS Salud Total, quien no le ha realizado la segunda muestra, no le ha realizado la valoración para dar de alta e incorporarse a la vida laboral y no ha emitido las incapacidades.

Así mismo, informó que la actora presentó otra acción de tutela previa en el Juzgado 12 Municipal de Pequeñas Causas Laborales con radicación No.2020-00189, donde solicita que salud total le realice la contra muestra y le pague las incapacidades.

Alegó que la entidad tiene prohibición expresa de la prestación de los servicios de salud de manera directa, por lo que como institución pública, solo pueden ejercer funciones que estén descritas en la constitución y en la ley; por lo anterior invocó que no se avisora dentro de los planteamientos de hecho y de derecho que la Secretaria de Salud hubiere vulnerado o quebrantado derechos constitucionales a la actora.

El MINISTERIO DE SALUD a través de su directora jurídica, se pronunció sobre los hechos de la acción de tutela e informó que bajo ninguna circunstancia el Ministerio de Salud y Protección Social, ha oficiado como empleador de la accionante, configurándose así, la falta de legitimación en la causa por pasiva; por lo que solicitó se declare la improcedencia de la acción de tutela en referencia, ya que como lo menciona la accionante, fue o es trabajadora de Icomallas S.A, por ende no existen obligaciones ni derechos recíprocos de índole laboral entre estos dos, lo que da lugar a que haya ausencia de responsabilidad por parte del Ministerio.

A su turno SALUD TOTAL EPS, informó que la señora Jenny Carolina Bonilla Marín se encuentra afiliada a la EPS en rango 1, en calidad de cotizante activo en el régimen contributivo, actualmente cuenta con 26 semanas cotizadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través la Entidad.

Informó que procedió a verificar si Salud Total EPS-S S.A., se ha visto inmersa en una presunta vulneración de derechos fundamentales, y se evidenció, que a la fecha la actora ha sido atendida por la entidad, cuando lo ha requerido, no cuenta con servicios de salud pendientes de autorizar por parte de la EPS, en consecuencia, alegó que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva de Salud Total EPS entidad promotora de salud del régimen contributivo en la presente acción de tutela,

Por su parte PROTECCIÓN S.A., por medio de su representante legal judicial, señaló que la accionante presenta afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por ING, hoy Protección S.A., desde el día 05 de mayo de 2010, como vinculación inicial al Sistema General de Pensiones, ahora bien, en relación con los hechos narrados por la accionante, puede observarse, que Protección S.A., en ningún momento ha transgredido derecho fundamental alguno a la señora Jenny Carolina Bonilla Marin, ya que a la fecha no ha presentado ante dicha entidad solicitud de prestación económica por invalidez con la información médica correspondiente.

Por otro lado, tal como lo advierte la accionante en su escrito de tutela, la presunta vulneración de los derechos fundamentales se le atribuye a su empleador; y es contra dicha empresa que se dirigió la acción inicial, por lo que alegó que la vinculación de la Administradora carece de sentido, ya que, de acuerdo con lo anterior, Protección S.A. no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la señora Jenny Carolina Bonilla Marin.

Finalmente ICOMALLAS S.A., a través de su directora administrativa y financiera se pronunció sobre los hechos de la acción de tutela, en términos generales sostuvo que desde el inicio de la relación laboral con la accionante la empresa no ha dejado de pagarle los salarios en la forma en que fueron pactados.

Que dadas las circunstancias actuales que se presentan a causa de la pandemia Covid-19 y la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno nacional que ocasionó el cierre de muchas empresas, alegó que la empresa paró su operación en un 100%, lo que ocasionó la baja de sus ingresos, sin embargo invocó que pese a lo anterior la sociedad siguió pagando los salarios a sus colaboradores por más de dos meses y lo sigue haciendo sin

que sus colaboradores estuviesen trabajando, entre ellos a la accionante a pesar de que está comprobada la fuerza mayor.

Informó que a la actora se le ha cancelado su salario y anexó los desprendibles de pago respectivos y de otro modo invocó que las comisiones no dependen de las horas laboradas por el trabajador, sino de su productividad y que en este momento la productividad en el país ha bajado demasiado, aunado a lo anterior alegó que desde el mes de marzo hasta la fecha la señora Carolina Bonilla ha tenido interrupciones a su contrato, por incapacidades y una sanción disciplinaria desde el 26 de mayo al 3 de junio de 2020

Aclaró que durante el tiempo de las incapacidades no se pagan salarios, sino que se reconocen subsidios de incapacidad que están a cargo del sistema de seguridad social, que para el caso concreto es la EPS a la que encuentra afiliada a la señora Bonilla y que en la sanción disciplinaria no se pagan salarios, sanción que alegó se encuentra en firme ya que la señora Carolina no interpuso ningún recurso.

Agregó que, es cierto que la actora fue contratada como vendedora de mostrador mediante contrato a término indefinido, que se pactó como remuneración el salario mínimo más comisiones y que el promedio mensual depende de las ventas realizadas, mas sin embargo no es cierto que de repente se le haya obligado a la demandante a salir a visitar clientes, ya que el contrato fue suscrito en 2016 y desde el 2019 visita clientes, situación que se justifica en la figura del ius variandi; en lo que respecta a los riesgos laborales para los vendedores arguyó que son categoría II independiente de si son de mostrador o no, por lo que invocó la mala fe.

Asi mismo, indicó que el envío de la accionante a vacaciones se hizo bajo las recomendaciones del Ministerio del Trabajo, para evitar la suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor, razón por la cual aquella las disfruto desde el 24 de marzo hasta el 15 de abril de 2020 siendo estas pagadas, pero que éstas podrán ser reliquidadas con el promedio de lo generado cuando se causen o cuando se tengas los elementos para poder reliquidar aquellas.

En lo que respecta al hecho de haberla obligado a trabajar el día 15 de abril de 2020, alegó que es falso toda vez que incluso por esa razón fue

que se inició el proceso disciplinario que terminó en sanción por su conducta imprudente al violar la cuarentena y poner en riesgo a sus compañeros, al ir a las oficinas a sabiendas que su compañero sentimental tenía síntomas de contagio de Covid-19 y que posteriormente fue positivo.

Finalmente solicitó, que se nieguen las pretensiones de la acción dada la improcedencia de la acción de tutela, ya que alegó que en ningún momento la empresa ocasionó las causas que imposibilitan la ejecución del contrato de trabajo en condiciones normales, ya que la imposibilidad de ejecución de la actividad laboral en condiciones normales es producto de una decisión del Gobierno Nacional que no deriva en una conducta culposa de la empresa; en conclusión no hay prueba alguna de un riesgo a los derechos fundamentales y mucho menos que esté demostrado que una acción u omisión de la empresa accionada conduce a una afectación.

### **La Providencia de Primer Grado.**

El Juez a-quo, en providencia del veintitrés (26) de junio de dos mil veinte (2020), negó el amparo constitucional solicitado por la señora Jenny Carolina Bonilla Marín.

Soportando su decisión en que dadas las circunstancias del caso en concreto la procedencia de la acción de tutela no es oportuna, ante la existencia de otro medio para garantizar los derechos invocados, mas sin embargo aquella sería procedente, al demostrarse la existencia de un perjuicio irremediable, escenario que no se vislumbró en el expediente.

Razón por la cual al existir un medio ordinario con el cual el actor pudo alegar sus derechos y no estar probado un perjuicio irremediable o estado de indefensión, será esta materia de una controversia que deberá dilucidarse en el escenario de la jurisdicción ordinaria, y no a través del especialísimo mecanismo de protección de derechos fundamentales.

### **La Impugnación.**

La accionante, inconforme con la decisión adoptada por el Juez de primera grado, impugnó el fallo emitido, bajo los siguientes argumentos, que no se valoró de la debida manera el material probatorio existente al interior del trámite, con el cual se hubiera podido conceder el amparo solicitado,

pues no se acepta que no se hubiere estudiado las conductas tendientes a generar unos hechos de acoso laboral.

Así mismo indicó que, al estar incapacitada no podía ser objeto de procedimiento disciplinario alguno y que con esto se transgredió el derecho al debido proceso.

Así las cosas, es necesario que se emita la orden urgente de reintegro de sus clientes, pues, de lo contrario no tendrá los medios óptimos para adquirir la adecuada alimentación para las personas dependientes de su salario y afirmó que no existe otro mecanismo eficiente para la protección de sus derechos,

En consecuencia, solicitan se revoque en su totalidad el fallo de tutela y se tutele el amparo solicitado por la actora.

## **CONSIDERACIONES**

### **Competencia.**

Este juzgado es competente para conocer de la presente impugnación del fallo de primera instancia, a términos del Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Debe admitirse así mismo la procedibilidad de la queja en estudio en la medida que ella se refiere a aspectos denotados por nuestra Carta Magna como derechos constitucionales fundamentales, cuya violación se le imputa a Coomeva EPS, situación que encaja dentro de lo previsto en artículo 5º del Decreto Reglamentario 2591 de 1.991.

### **Subsidiariedad.**

Dada la relevancia de este mecanismo al ser garante del respeto al debido proceso, el cual, a su vez, se compone de variados principios que ofrecen como propósito la institucionalización de la legalidad y el derecho de defensa en todo juicio o investigación, debiéndose guardar conformidad con las leyes preexistentes al acto que se imputa frente al funcionario competente, así como el ajuste a las formas inherentes a cada trámite, garantía cuyo núcleo se concentra en *“hacer valer ante los jueces los derechos*

*e intereses de las personas, mediante la defensa contradictoria, y de obtener en fin, una respuesta fundada en derecho”, predicable de cualquier procedimiento, “el cual se debe observar no sólo en su conjunto sino también en cada una de sus fases, pues la finalidad de los dos derechos es la interdicción a la indefensión”, derecho de defensa que lleva implícito el principio “de la publicidad de las actuaciones procesales y el derecho de impugnarlas”. (Sent. T – 416 de 1998).*

Por tanto, el ejercicio de la acción constitucional, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, exige que la accionante no cuente con otros mecanismos que le permitan ejercer su derecho de defensa dentro de la actuación donde alega la vulneración de sus garantías superiores, pues ello desplaza la actuación del juez de tutela, tema sobre el que, la doctrina constitucional ha expuesto, prolijamente, que esta acción es un mecanismo extraordinario establecido para la protección de los derechos fundamentales de las personas frente a la amenaza o violación que, en cuanto a ellas, pueda derivarse de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos previstos en la ley (artículo 42 Decreto 2591/91), sin que pueda constituirse o erigirse en una vía sustitutiva o paralela de los medios ordinarios de defensa que la misma Constitución y la ley consagran para la salvaguarda de tal clase de derechos.

Lo anterior en la medida que este procedimiento no fue contemplado por el constituyente con la finalidad de suplir los trámites que el legislador ha establecido para solucionar las controversias que se presenten entre los coasociados, pues su principal característica es la naturaleza residual que detenta, como quiera que *“en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales”* (Sent. T-480 de 2011)

A lo anterior, ha de agregarse que *“no es propio de la acción de tutela el [ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos*

*ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales” (Sent. C-543 de 1992)*

Por lo tanto, para que el instrumento de amparo pueda ser utilizado por quien depreca la protección de sus garantías iusfundamentales, requiere de una demostración tendiente a clarificar el agotamiento efectivo de las vías que la normatividad establece, o procedimientos ordinarios, tenientes a la protección de sus intereses, sin que pueda obviarse sin justificación alguna dicho requisito para su procedencia.

### **Casos en que la subsidiaridad no se hace necesaria.**

Ahora bien, no obstante lo anteriormente explicado resulta necesario recordar que existen dos circunstancias en las que la subsidiariedad puede abrir paso a la interposición de la tutela *“(i) interpuesta como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable o (ii) como mecanismo principal cuando existiendo otro medio de defensa judicial este no es idóneo ni eficaz para la defensa de los derechos fundamentales conculcados o amenazados.”* (Sent. T-2055 de 2012), siendo entonces necesario que en estos casos la accionante demuestre, siquiera de forma sumaria, que la afectación sufrida por la determinación tomada por la entidad encartada le genera un perjuicio irremediable, que se configura cuando el daño se caracteriza *“(i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”* (Sent. T-896 de 2007), o que el mecanismo de carácter judicial se convierta en una verdadera talanquera a la protección de sus derechos, por la amplia duración del mismo, o su reconocida ineficacia.

### **Derecho al Trabajo**

El carácter de fundamental del derecho al trabajo daría lugar a la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo para que cesara cualquier vulneración, amenaza o violación contra este derecho sin embargo, no es posible olvidar el carácter subsidiario de la acción y en el caso del derecho laboral la existencia de la jurisdicción ordinaria como medio de protección especial.

Así que se debe señalar cuándo hay lugar a la protección del derecho al trabajo por medio de la acción de tutela sin desconocer la jurisdicción laboral, según lo ha dicho la H. Corte Constitucional.

Conforme a la numerosa jurisprudencia que en esta materia ha producido la Corte es posible identificar la doctrina constitucional que define el ámbito de aplicación de la acción de tutela sin desplazar la jurisdicción ordinaria ni tampoco generar un proceso de vaciamiento de la competencia laboral.

La acción de tutela procede como mecanismo de protección del derecho al trabajo cuando:

*1. Se desconoce el núcleo esencial del derecho al trabajo que consiste en toda acción u omisión que impida el ejercicio de la facultad de desarrollar una labor remunerada en un espacio y tiempo determinado.*

*Se desconoce el núcleo esencial del derecho cuando se evidencia un desconocimiento de las condiciones dignas y justas en las que el trabajador debe realizar su labor.*

*Hace parte del núcleo esencial la adecuada remuneración. La remuneración no puede ser simplemente simbólica. Ha de ser adecuada al esfuerzo que implica la tarea cumplida por el trabajador, a su preparación, experiencia, conocimiento y al tiempo durante el cual vincule su potencial de trabajo a los fines que interesan al patrono. No puede congelarse indefinidamente.*

*2. La vulneración de un derecho conexo que conlleve el ataque injustificado del núcleo esencial.*

*No pertenece al núcleo la pretensión incondicional de ejercer un oficio o cargo específico, en un lugar determinado ni la permanencia absoluta en un cargo. El retiro del servicio no implica la prosperidad de la acción de tutela, solamente hay lugar al estudio del caso, cuando existe debilidad manifiesta o se trata una trabajadora embarazada.*

3. *Por el incumplimiento o retardo en la obligación de pagar el salario más la prueba de vulneración al mínimo vital del trabajador. La situación económica de la empresa no es óbice para dejar de pagar durante varios meses los salarios de los empleados. Las acreencias laborales prevalecen incluso sobre cualquier crédito concordatario.*

4. *El empleador da por terminado el contrato con justa causa pero faltó en el procedimiento a los principios de buena fe al no expresar los hechos precisos e individuales que provocan la justa causa de terminación para que así, la otra parte tenga la oportunidad de enterarse de los motivos que originaron el rompimiento de la relación laboral y pueda hacer uso del derecho a la defensa y controvertir tal decisión si está en desacuerdo.*

5. *Se desconoce el principio fundamental de a trabajo igual salario igual. Un tratamiento diferente que vulnere este principio se considera una discriminación, es un trato diferente sin justificación racional ni razonable.*

### **Caso en Concreto.**

De acuerdo con los antecedentes expuestos, observa el Despacho que en esta oportunidad le corresponde determinar si se debe amparar los derechos solicitados por la señora JENNY CAROLINA BONILLA MARÍN ordenando que la suspensión del contrato decretada por ICOMALLAS, su empleador se tenga como ineficaz y así ordenar el pago de los emolumentos dejados de percibir durante el lapso en el que estuvo vigente la medida disciplinaria.

Detenta el despacho que dentro del trámite de primera instancia se demostró que existe una relación laboral entre la actora y la sociedad accionada, colocando a la primera en una situación de dependencia o subordinación por parte de la segunda, sumado a ello, se tiene que ambas partes aceptaron que existió una suspensión del contrato de trabajo, decisión que estuvo precedida de un procedimiento disciplinario.

Que durante la vigencia de la relación laboral, la cual está activa, según lo establecido en el trámite, la actora fue objeto de un procedimiento disciplinario, el cual tuvo su origen en hechos expresos como el no uso de los elementos de auto cuidado en el marco de la emergencia generada por el COVID-19.

Que como consecuencia de dicho procedimiento disciplinario la señora Bonilla fue suspendida de sus labores, sin que se tenga que aquella decisión hubiere sido refutada o recurrida, esto como resultado de la doble instancia que tienen todas y cada una de las actuaciones y procedimientos disciplinarios laborales.

Por lo tanto, se debe aclarar a la señora Bonilla que en esta instancia no es dable agregar pretensiones y hechos a la acción de tutela original, pues corresponde el Juez de segunda instancia verificar y corroborar la decisión que tomo el Municipal, tal y como lo regula, el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, según el cual, el juez que conozca de la impugnación debe estudiar el contenido de la impugnación y cotejarlo con el acervo probatorio y el fallo objeto de revisión, por lo que no es dable tramitar las peticiones nuevas de las que se duele el actor.

Bajo ese panorama, como lo expuso el Juez de primera instancia, se tiene que como quiera que en este caso concreto, el empleador invoco para la suspensión del contrato justas causas, reguladas en su Reglamento Interno de Trabajo, circunstancia acreditada y que permite considerar que no necesariamente e inexorablemente las razones que motivaron la suspensión del contrato se encuentran relacionadas en algún hecho de discriminación o abuso laboral, por ende, no es posible catalogarlo como ineficaz, así que debe ser a través del mecanismo ordinario respectivo que debe discutirse y resolverse lo relativo a la eficacia de la suspensión. Y es que dadas las particularidades en este caso, la controversia sobre ese particular requiere un debate probatorio más profundo y desarrollado en debida forma ante el juez ordinario laboral competente.

Por otro lado, se tiene que la actora señala que inició un trámite tendiente a que se verifiquen actuaciones de acoso laboral, bajo la ley 1010 de 2006, sin que estas estén radicadas ante su empleador para antes de haber incoado esta acción, tanto es así, que la queja esta sin fecha y escrita en un documento con membrete de una sociedad que no hace parte de la tutela pero que tiene el mismo estilo del escrito de tutela y de impugnación.

Ahora bien, se menciona que la accionante tiene gastos personales y familiares sin poder cubrirlos y que por la suspensión del contrato se le afectaron sus derechos fundamentales, en verdad no se encuentran acreditadas situaciones que permitan sopesar la presencia de condiciones

mínimas para ser beneficiaria de la protección del juez de tutela, pues no se aprecian circunstancias “*graves*” de la accionante o de los integrantes de la familia, que hagan procedente el amparo, ello en consecuencia que la mera afirmación de dicha condición no constituye prueba y más cuando a la fecha existe entre las partes llamadas al pleito una relación laboral, de la cual se generan y reciben obligaciones recíprocas.

Finalmente, ha de decirse que, si bien como derechos conexos al trabajo se encuentran conceptos como el mínimo vital, movilidad e inclusive seguridad social, y estos unidos a la vida y salud de los trabajadores y de su núcleo familiar, no desconoce este despacho que la presunta vulneración alegada por la actora, surgió dentro del marco del estado de emergencia económica y social y ecológica declarada mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, por cuenta de la pandemia generada por el COVID-19, siendo que el país y el mundo en general se encuentra atravesando un momento de crisis.

Es por ello, que el Ministerio del Trabajo, adoptó la figura de la FISCALIZACIÓN LABORAL RIGUROSA mediante la cual tomó estrictas medidas de inspección, vigilancia y control sobre las decisiones que adopten los empleadores en relación con los contratos de trabajo durante la emergencia sanitaria, creando para ello distintos canales de comunicación con el trabajador, como los contemplados en la Circular No. 033 del 17 de abril de 2020 y que es una herramienta eficaz para determinar si la empresa llamada al pleito como accionada, actuó dentro de las directrices señaladas por las autoridades para enviar a vacaciones a la actora y si el pago de sus emolumentos están mal liquidados y quizás si lo quiere ver enrostrar que la suspensión del contrato estuvo precedida de un mal procedimiento.

Corolario de lo expuesto y recordando que la garantía superior es un mecanismo excepcional de protección de derechos fundamentales y su naturaleza es subsidiaria, la queja constitucional deviene improcedente a términos del numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991. Por tal razón, se CONFIRMARA el fallo de instancia.

## **DECISIÓN**

En virtud a lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Siete Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y mandato constitucional,

**RESUELVE**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 46 Civil Municipal de esta Ciudad, de fecha 23 de junio de 2020.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a todos los interesados por el medio más expedito.

TERCERO: REMITIR lo actuado a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

**Firmado Por:**

**AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS  
JUEZ CIRCUITO  
JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**f49b11bc6cadd5ff1bdd8213a1bcadc90cab35bf5789edc0bdb13302447  
e21dd**

Documento generado en 23/07/2020 05:31:43 p.m.